

University of Groningen

De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter
Marseille, A.T.; Van der Heide, R.R.

Published in:
JBplus 2-2008.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2008

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Marseille, A. T., & Van der Heide, R. R. (2008). De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter. *JBplus 2-2008.*, 2, 78 - 92.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.



De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter

A.T. Marseille & R.R. van der Heide¹

Finale geschilbeslechting door de bestuursrechter is een onderwerp waar het afgelopen decennium diep over is nagedacht en veel onderzoek naar is verricht. Het resultaat: enerzijds een schat aan informatie over de mogelijkheden van de rechter om de hem voorgelegde geschillen finaal te beslechten en over de consequenties van het achterwege blijven van finale beslechting, anderzijds een groot aantal voorstellen om de rechter meer mogelijkheden te geven geschillen finaal te beslechten. Over twee cruciale aspecten van de mogelijkheden van de bestuursrechter om tot finale beslechting te komen, bestaat echter nog onvoldoende duidelijkheid. Het betreft de vraag hoe vaak de bestaande bevoegdheden worden gebruikt, en – in het verlengde daarvan – de vraag hoe vaak die bevoegdheden niet worden gebruikt waar dat zonder veel moeite zou kunnen. Met andere woorden: worden de huidige mogelijkheden tot finale geschilbeslechting door de bestuursrechter optimaal benut? Op die vraag wordt in deze bijdrage een antwoord gezocht.

1. Inleiding

Twee van de meest besproken bepalingen van de Awb zijn art. 8:72 lid 3 en 4. Ze betreffen de bevoegdheid van de rechter om bij de vernietiging van een besluit de rechtsgevolgen van dat besluit in stand te laten (art. 8:72 lid 3) en om de uitspraak in de plaats te stellen van het vernietigde besluit (art. 8:72 lid 4; veelal aangeduid als ‘zelf in de zaak voorzien’). Dat ze veelbesproken zijn, verbaast niet. Ze belichamen het ideaal van finale geschilbeslechting. Dat ideaal, inhoudend dat de rechter met zijn uitspraak partijen duidelijkheid biedt over hun rechtspositie, is zonder

moeite te bereiken als de rechter een beroep ongegrond of niet-ontvankelijk verklaart, maar veel moeilijker als een beroep gegrond wordt verklaard en het bestreden besluit wordt vernietigd. De beide bepalingen bieden de rechter een instrument om bij een vernietiging toch tot finale beslechting te komen.

Door de aandacht voor het in stand laten van de rechtsgevolgen van een besluit en het zelf in de zaak voorzien is er inmiddels een schat aan informatie beschikbaar over de mogelijkheden van de rechter om die bevoegdheden te gebruiken en over de frequentie waarmee dat in de

1 Bert Marseille is verbonden aan de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit

Groningen, Ruben van der Heide studeert fiscaal recht aan dezelfde universiteit.



praktijk gebeurt.² Daarnaast is onderzocht wat de consequenties zijn als de bestuursrechter er niet in slaagt een hem voorgelegd geschil finaal te beslechten.³ Tot slot zijn alternatieven voor het zelf in de zaak voorzien als middel tot finale geschilbeslechting in kaart gebracht,⁴ wat heeft geresulteerd in een voorontwerp tot wijziging van de Awb.⁵

Maar toch is nog niet alles over het in stand laten van de rechtsgevolgen van vernietigde besluiten en het zelf in de zaak voorzien gezegd. Over twee cruciale aspecten van de bevoegdheden bestaat onvoldoende duidelijkheid. Het eerste betreft de mate waarin de bestuursrechter er op dit moment gebruik van maakt. De berichten daarover stemmen optimistisch,⁶ maar het is de vraag of dat terecht is. Het tweede aspect betreft de mate waarin de rechter van zijn bevoegdheden gebruik zou kunnen maken. In hoeverre laat hij mogelijkheden tot finale beslechting liggen? Daar is weinig over bekend. In dit artikel is zowel de vraag naar het feitelijke als

die naar het mogelijke gebruik aan de orde. De vraag naar het feitelijke gebruik behandelen wij in paragraaf 3, die naar het mogelijke gebruik in paragraaf 4. In paragraaf 2 wordt kort ingegaan op de juridische context, paragraaf 5 bevat een aantal concluderende opmerkingen.

2. Mogelijkheden van de bestuursrechter tot finale beslechting

Bestuur en bestuursrechter hebben verschillende bevoegdheden. Het bestuur is beslissend, de rechter toetsend. Dat is geen probleem zo lang de toetsing door de rechter als uitkomst heeft dat het ter discussie staande besluit van het bestuur rechtmatig is. Het besluit blijft dan zoals het is, de appellant weet door de uitspraak van de rechter waar hij aan toe is. Maar als de toetsing door de rechter tot de vernietiging van het bestreden besluit van het bestuur leidt, is er wel een probleem. De rechter mag niet een nieuw besluit in de plaats van het vernietigde besluit stellen; dat moet het bestuur doen.

- 2 A.R. Neerhof, 'Van effectieve bestuursrechters en geschillen die voorbijgaan...? De bevoegdheid van de bestuursrechter om geschillen definitief op te lossen', «JBplus» 1999/2, p. 71-87; J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak: enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel op te lossen* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000; J.E.M. Polak, K. van Lessen Kloeke & M.F. van der Meersch, 'Zelf in de zaak voorzien', *NTB* 2002, p. 3-11; A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2004; B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007; J.A.M. van Angeren, 'De rechter als bestuurder-plaatsvervanger', «JBplus» 2007/2, p. 16-23; B.J. Schueler, 'Vernietigen of geschillen beslechten?', «JBplus» 2007/3, p. 168-181; A.C. Rop, *Definitieve geschilbeslechting: over schijnbewegingen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid* (preadvies voor de Jonge VAR), Den Haag: BJu 2008.
- 3 K.A. van der Veer & A.T. Marseille, 'Besluitvorming na een rechterlijke vernietiging: de achilleshiel van

het bestuursrecht', *NJB* 2006, p. 2168-2175.

- 4 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; B.J. van Ettekoven, 'Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)', preadvies VAR, in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: BJu 2001, p. 7-97.
- 5 Conceptwetsvoorstel Wet aanpassing bestuursrecht; zie: www.minjus.nl. Zie over het conceptwetsvoorstel onder meer: W. Konijnenbelt, E.J. Daalder, S.E. Zijlstra, R.J.N. Schlössels, A. Weggeman & N.S.J. Koeman, 'Herziening bestuursprocesrecht ter tafel', *NTB* 2006, 36, p. 259-272. Inmiddels is een initiatief-wetsvoorstel ingediend dat zich specifiek richt op het verruimen van de mogelijkheden van de bestuursrechter om de hem voorgelegde geschillen finaal te beslechten door introductie van de zogenoemde bestuurlijke lus, de 'Wet Vermeij, Koopmans, Neppérus bestuurlijke lus'. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352.
- 6 Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 102.





Consequentie daarvan is dat een uitspraak van de rechter die de vernietiging van een bestuursbesluit inhoudt niet tot finale beslechting door de rechter leidt, maar tot rechtsonzekerheid bij partijen, ten minste tot aan het moment dat het bestuur een nieuw besluit voor het vernietigde besluit in de plaats stelt.

Dat is slechts anders als de rechter na de vernietiging hetzij de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laat, hetzij zelf in de zaak voorziet. Als de rechter tot de conclusie komt dat vernietiging van het bestreden besluit onontkoombaar is, moet hij eerst de vraag beantwoorden of de rechtgevolgen van het te vernietigen besluit in stand kunnen blijven. Bij een negatief antwoord ligt vervolgens de vraag voor of hij wellicht zelf in de zaak kan voorzien. Komt hij tot een positief antwoord op een van beide vragen, dan is sprake van finale beslechting.

Als een bestuursrechter de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laat, neemt hij in zekere zin de bevoegdheid om te beslissen van het bestuur over. Hij mag dat alleen als zeker is dat het bestuur na de vernietiging (materieel) precies hetzelfde besluit zal nemen als het vernietigde besluit.⁷ Ook als de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet, neemt hij de bevoegdheid om te beslissen van het bestuur over. Hij mag dat alleen als hij zeker weet welk besluit

het bestuur na de vernietiging zal moeten gaan nemen. De vraag is daarmee: wanneer weet de bestuursrechter dat zeker? Traditioneel werd die vraag nogal terughoudend benaderd ('alleen als het bestuur geen enkele beleidsvrijheid heeft bij de uitoefening van diens bevoegdheid en als bovendien zeker is dat het bestuur zijn besluit op de juiste feiten heeft gebaseerd'⁸), maar onder meer Van Ettekoven, Schueler en Van Angeren hebben laten zien dat die vraag ook vanuit een meer offensief perspectief kan worden beschouwd.⁹ Rechter die bereid zijn hun energie en creativiteit ten behoeve van finale geschilbeslechting aan te wenden, zouden veel meer resultaat kunnen boeken dan nu het geval is. Ook de wetgever ziet het belang van finale beslechting. In het vorig jaar verschenen voorontwerp bestuursprocesrecht is een regeling opgenomen van de zogeheten bestuurlijke lus.¹⁰ Die houdt in dat de rechter de regie kan nemen over het herstel door het bestuur – gedurende de beroepsprocedure – van onrechtmatig gebleken besluiten.

Er zijn echter ook sceptische geluiden. Van der Veer & Marseille betogen dat voor een groot aantal besluiten die de bestuursrechter vernietigt finale beslechting door de rechter geen nastrevenswaardig doel is, hetzij omdat de rechter zich aan het geschil zou vertillen als hij zou proberen het finaal te beslechten, hetzij omdat het efficiënter is het bestuur na de ver-

7 Zie voor voorbeelden waarin de rechter terecht dan wel ten onrechte toepassing heeft gegeven aan artikel 8:72 lid 3 Awb: ABRvS 28 april 2004, *AB* 2004, 305 m.nt. Munneke; ABRvS 21 februari 2007, «JB» 2007/73; ABRvS 19 september 2007, «JB» 2007/196 m.nt. Overkleef-Verburg; ABRvS 3 oktober 2007, «JB» 2007/211 m.nt. Nijmeijer.

8 Zie onder meer: ABRvS 8 juli 1996, «JB» 1996/188 m.nt. Schlössels; ABRvS 6 oktober 2004, «JB» 2004/370 m.nt. A.M.L. Jansen; ABRvS 26 oktober 2005, «JB» 2006/10; CBB 7 maart 2007, «JB» 2007/96.

9 Schueler 1994, Van Ettekoven 2001, Van Angeren 2007. Ook in de jurisprudentie zijn voorbeelden te zien van een meer offensieve benadering: zie onder meer CRvB 5 maart 2007, *AB* 2007, 385 m.nt. Marseille; CBB 16 januari 2008, «JB» 2008/84; ABRvS 30 januari 2008, «JB» 2008/59 m.nt. Albers (die kritisch is over de toepassing van de bevoegdheid zelf te voorzien in deze situatie) en ABRvS 20 februari 2008, «JB» 2008/76 m.nt. Albers.

10 N.S.J. Koeman, 'De bestuurlijke lus in het Voorontwerp herziening bestuursprocesrecht', *NTB* 2007, p. 269-272.



nietiging op eigen kracht een vervangend besluit te laten nemen dan het bestuur dat onder regie van de rechter te laten doen.¹¹ Ook Rop is kritisch. Hij verwacht dat de bestuurlijke lus slechts beperkt zal worden toegepast. De rechter zal daartoe slechts willen overgaan als louter de belangen van partijen kunnen worden geraakt en als zeker is dat de strekking van het besluit niet zal veranderen.¹²

3. Gebruik van de bevoegdheden tot finale beslechting

Beschouwingen over of en hoe het in de toekomst in het bestuursprocesrecht anders zou moeten, maken per definitie nieuwsgierig hoe de zaken er op dit moment voor staan. Dat brengt ons bij de eerste van de twee in de inleiding opgeworpen vragen. Hoe vaak maakt de rechter eigenlijk gebruik van zijn bevoegdheid om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten of om zelf in de zaak te voorzien?

3.1 Cijfers uit het Awb-evaluatieonderzoek

De meest voor de hand liggende bron ter beantwoording van die vraag is het onderzoek dat in het kader van de derde evaluatie van de Awb is verricht naar definitieve geschilbeslechting.¹³ In dat onderzoek is bij vijf bestuursrechtelijke instanties (de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State¹⁴, de Centrale Raad van Beroep¹⁵, het College van Beroep voor het bedrijfsleven¹⁶ en twee rechtbanken) gekeken in hoeveel van de uitspraken waarin een besluit wordt vernietigd, desondanks sprake is van finale beslechting, doordat de rechter toepassing geeft aan art. 8:72 lid 3 of 4 Awb.¹⁷

Het blijkt dat de mate waarin de vijf onderzochte instanties de rechtsgevolgen van vernietigde besluiten in stand laten, nogal uiteenloopt: bij de drie hogerberoepsinstanties¹⁸ gebeurde het in respectievelijk 3%, 15% en 8% van de vernietigingen, bij de rechtbanken in respectievelijk 5%

11 Van der Veer & Marseille 2006.

12 Rop 2008, paragraaf 3.3.3.

13 Schueler, Drewes e.a. 2007.

14 De Kamers 1, 2 en 3 van de Afdeling bestuursrechtspraak, derhalve zowel zaken in eerste aanleg als in hoger beroep, maar geen vreemdelingenzaken.

15 Zowel in eerste en enige aanleg behandelde zaken als hogerberoepszaken.

16 Zowel in eerste en enige aanleg behandelde zaken als hogerberoepszaken.

17 De onderzoekers hebben het daarbij niet gelaten, maar hebben voor elk van de uitspraken waarin één van de beide bepalingen is toegepast, tevens bekeken of dat ook als gevolg had dat – zoals in beginsel zou zijn te verwachten – het bestuur na de uitspraak van de rechter geen nieuw besluit meer hoefde te nemen. Met name voor veel uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS) inzake procedures over bestemmingsplannen bleek te gelden dat, ondanks toepassing van artikel 8:72 lid 4, het bestuur na de

vernietiging alsnog een nieuw besluit diende te nemen. Het gold bij die instantie voor de helft van de uitspraken waarin zelf in de zaak was voorzien. Bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) kwam het aanzienlijk minder voor, bij de beide rechtbanken niet of nauwelijks. Zie: Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 93 e.v. en p. 187 e.v.

18 De ABRvS, de CRvB en het CBB duiden we, ter onderscheiding van de rechtbanken, aan als hogerberoepsinstanties, ook al geldt voor elk van de drie dat zij tevens als rechter in eerste en enige aanleg fungeren. Overigens maken de onderzoekers geen onderscheid tussen de ABRvS, de CRvB en het CBB als hogerberoepsinstantie en als rechter in eerste en enige aanleg.

19 Zie de ‘blokjes’ met de titel ‘Toepassing art. 8:72, 3^e lid, Definitief beslecht’ in schema’s in Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 187-189.





en 9%.¹⁹ Ook bij het zelf in de zaak voorzien zijn de verschillen aanzienlijk. Bij de twee rechtbanken gebeurde het in 7% van de vernietigingen, bij de hogerberoepsinstanties in respectievelijk 13%, 14% en 32%.²⁰

De onderzoekers geven ook aan voor welk percentage van het geheel van de zaken die zij hebben bestudeerd, geldt dat ondanks dat het bestreden besluit is vernietigd, toch sprake is van finale beslechting. Dat gold voor 22% van de in totaal 2460 door de onderzoekers geanalyseerde uitspraken waarin een besluit van het bestuur was vernietigd. Anders gezegd, in 22% van de onderzochte zaken waarin de rechter het bestreden besluit vernietigde, wist hij partijen rechtszekerheid te bieden, en daarmee het juridische geschil finaal te beslechten, door de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten of door zelf in de zaak te voorzien. Al te grote betekenis kan echter niet aan dat getal worden toegekend, omdat het niet meer is dan de optelsom van informatie over ongelijksoortige procedures (beroep en hoger beroep), die bovendien in heel verschillende mate zijn onderzocht (de hoger beroepsinstanties bijna volledig, van de rechtbanken slechts twee van de negentien).

3.2 *Finale beslechting als resultaat van initiatief en activiteit van de rechter?*

Al weten we uit het Awb-evaluatieonderzoek dat hogerberoepsrechters geschillen die ein-

digen met de vernietiging van het bestreden besluit vaker finaal weten te beslechten dan de rechtbanken, en voorts dat rechtbanken naar schatting in ongeveer 15% van de vernietigingen toch tot finale beslechting weten te komen, waarvan de helft van de keren door het in stand laten van de rechtsgevolgen en de andere helft door zelf in de zaak te voorzien, wat *niet* uit het Awb-evaluatieonderzoek blijkt, is in hoeverre de finale beslechting het resultaat is van initiatieven en activiteit van de rechter zelf. Anders geformuleerd: in hoeveel van de gevallen waarin de rechter toepassing geeft aan art. 8:72 lid 3 of 4 Awb, kan de finale beslechting die er het resultaat van is, ook daadwerkelijk op diens conto worden geschreven?

Om daarover meer te weten te komen, is het noodzakelijk te kijken naar de *inhoud* van de uitspraken waarin een van die beide bevoegdheden is gebruikt. Wij doen dat aan de hand van bestuursrechtelijke uitspraken die zijn verzameld in het kader van drie in het recente verleden uitgevoerde onderzoeken, het eerste uit 2004 over effectiviteit van bestuursrechtsspraak,²¹ het tweede uit 2006 over hernieuwde besluitvorming door het bestuur na de vernietiging,²² het derde uit 2007 over de feitenvaststelling door de bestuursrechter.²³ Wat blijkt uit die uitspraken over de rol van de rechter bij de toepassing van de beide bevoegdheden om het juridische geschil finaal te beslechten?

20 Zie de 'blokjes' met de titel 'Toepassing art. 8:72, 4^e lid, Definitief beslecht' in schema's in Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 187-189. Over die 32% merken de onderzoeker op dat sprake is van een vertekening, omdat de onderzochte zaken een reeks van 22 identieke gevallen bevatte. Zie: Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 89.

21 Marseille 2004. In het kader van dit onderzoek zijn 101 uitspraken van vijf verschillende rechtbanken bestudeerd die de vernietiging van het besluit van het bestuur inhielden; 4 keer werd art. 8:72 lid 3

toegepast, 13 keer art. 8:72 lid 4.

22 Van der Veer & Marseille 2006. In het kader van dit onderzoek zijn 141 uitspraken van een rechtbank onderzocht; 12 keer werd art. 8:72 lid 3 toegepast, 27 keer art. 8:72 lid 4.

23 T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: BJu 2007. In het kader van dit onderzoek zijn 104 uitspraken onderzocht, afkomstig van vijf verschillende rechtbanken; 11 keer werd art. 8:72 lid 3 toegepast, 20 keer art. 8:72 lid 4.



Voor de uitspraken waarin toepassing wordt gegeven aan artikel 8:72 lid 3 Awb geldt bijna zonder uitzondering dat de rol van de rechter zich beperkt tot de *constatering* dat, ook al is het bestreden besluit onrechtmatig en dient het te worden vernietigd, de rechtsgevolgen van het te vernietigen besluit in stand kunnen blijven. Soms komt de rechtbank tot die constatering naar aanleiding van door het bestuur op eigen initiatief verschaft informatie (bijvoorbeeld in de vorm van een aanvulling op de motivering van het besluit in het verweerschrift), maar vaker vormt de constatering door de rechtbank het eindpunt van een in de uitspraak te vinden juridische redenering. Onder de 27 geanalyseerde uitspraken bevond zich er slechts één waar de beslissing om de rechtsgevolgen in stand te laten in verband kon worden gebracht met een gerichte actie van de rechtbank, in de vorm van vragen ter zitting aan het bestuur. Kort maar goed: als de bestuursrechter het juridische geschil beslecht door de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten, wordt die mogelijkheid hem bijna steeds in de schoot geworpen en hoeft hij die bijna nooit te bevechten.

Wordt gekeken naar de toepassing van art. 8:72 lid 4, dan kunnen drie situaties worden onderscheiden. In de *eerste* situatie voorziet de rechter zelf in de zaak omdat hij op grond van inhoudelijke overwegingen zelf tot vaststelling van het enige rechtens juiste besluit kan komen. In de *tweede* situatie komt de rechter in reactie op en/of in samenspraak met partijen tot de vaststelling van een rechtens juist besluit waar partijen zich in kunnen vinden, waarna hij – gehoor gevend aan de wens van partijen – zelf in de zaak kan voorzien. De *derde* situatie is aan de orde als de rechter ambtshalve constateert dat het beroep niet kan leiden tot een oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit, omdat het bestuur in de bezwaarfase die aan de beroepsprocedure vooraf is gegaan het bezwaar ten onrechte inhoudelijk heeft beoordeeld.

Materieel gezien is eigenlijk alleen in de *eerste* situatie sprake van een ‘inhoudsvol’ zelf in de zaak voorzien. De *tweede* situatie is veeleer vergelijkbaar met die waarin het bestuur hangende de procedure, met toepassing van art. 6:18 Awb, een nieuw besluit neemt, omdat het tot de conclusie is gekomen dat het aangevochten besluit onrechtmatig is. Het enige verschil is dat het bestuur niet zelf het vervangende besluit neemt, maar de rechter dat besluit laat nemen. In de *derde* situatie is sprake van de weigering van de rechter een inhoudelijk oordeel te geven over de in het bestreden besluit besloten liggende materiële bevoegdheidsuitoefening. De reden is dat de rechter constateert dat in een eerdere geschilbeslechttingsfase ten onrechte niet is onderkend dat herbeoordeling van de bestreden beslissing niet mogelijk was, hetzij omdat daartegen te laat bezwaar was gemaakt, hetzij omdat de beslissing waartegen bezwaar werd gemaakt, geen besluit was in de zin van art. 1:3 Awb, zodat die beslissing niet ter heroverweging aan het bestuur, en evenmin ter beoordeling aan de rechter kon worden voorgelegd. Die constatering wordt juridisch vertaald in de gegrondverklaring van het beroep en de vervanging van het besluit op bezwaar door de uitspraak van de rechter, inhoudend dat het bezwaar alsnog niet-ontvankelijk wordt verklaard.

Hoe vaak is in de door ons bestudeerde zaken sprake van welk van de drie mogelijke toepassingen van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien? De onderstaande tabel laat dat zien.



Tabel 1 Wijze van gebruik door de rechter van de bevoegdheid zelf te voorzien

Reden om zelf in de zaak te voorzien	Onderzoek		
	‘onderzoek 2004’	‘onderzoek 2006’	‘onderzoek 2007’
Rechter komt tot vaststelling gewijzigd besluit	5	17	5
Rechter voorziet zelf op verzoek van partijen	3	0	1
Rechter constateert ambtshalve dat het bezwaar niet-ontvankelijk is	5	10	14
Totaal	13	27	20
Onbekend	1	0	0

Als we, louter om een indruk te krijgen van de mate waarin het zelf in de zaak voorzien op het conto van de rechter kan worden geschreven, de onderste twee categorieën uit de tabel kwalificeren als ‘niet de verdienste van de rechter’ en de eerste als ‘wel de verdienste van de rechter’, en we tellen de uitspraken bij elkaar op, dan blijkt dat van de in totaal 60 uitspraken waarin de rechter zelf in de zaak voorziet, er 27 zijn waarin dat wel, en 33 waarin dat niet als zijn verdienste kan worden beschouwd.

Dat leidt tot de conclusie dat *als* de bestuursrechter gebruik maakt van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien, dat in de meerderheid van de gevallen gebeurt om beroepen af te kaarten waarin *hetzij* hij niet een inhoudelijke oordeel over de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening mag geven, *hetzij* partijen zelf tot overeenstemming zijn gekomen over hun rechtsverhouding en de rechter vragen die te bekrachtigen, door zijn uitspraken in de plaats te stellen van het bestreden besluit.

3.3 Keuze tussen ‘kale’ vernietiging en ‘inhoudsvol’ zelf in de zaak voorzien

Vervolgens kan de vraag worden gesteld hoe vaak de rechter in de beroepszaken waar hij moet beslissen of hij toepassing zal geven aan de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien, ook daadwerkelijk van die bevoegdheid gebruik maakt. We dienen daartoe de zaken waarin ‘inhoudsvol’ zelf in de zaak is voorzien, af te zetten tegen de ‘kale’ vernietigingen (zaken waarin het beroep gegrond wordt verklaard zonder dat de rechter de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laat of zelf voorziet), *minus* de zaken waarin de rechter de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laat, zelf voorziet op verzoek van partijen of zelf voorziet omdat hij ambtshalve heeft geconstateerd dat het bestuur in de bezwaarprocedure in de fout is gegaan.

In de onderstaande tabel is te zien hoe vaak de bestuursrechter, als hij moet kiezen of hij na vernietiging het nemen van een nader besluit



aan het bestuur overlaat, dan wel zelf in de zaak voorziet, voor de ene of de andere optie kiest.

Tabel 2 ‘Inhoudsvol’ zelf voorzien versus ‘kale’ vernietiging

Keuze tussen ‘inhoudsvol’ zelf voorzien en ‘kale’ vernietiging	Onderzoek					
	‘onderzoek 2004’		‘onderzoek 2006’		‘onderzoek 2007’	
	N	%	N	%	n	%
‘Inhoudsvol’ zelf voorzien	5	6%	17	14%	5	6%
‘Kale’ vernietiging	83	94%	102	86%	73	94%
Totaal	88	100%	119	100%	78	100%
Onbekend	1		2		0	

In de tabel is te zien dat het ‘onderzoek 2004’ en het ‘onderzoek 2007’, beide uitgevoerd bij vijf verschillende rechtbanken, er op duiden dat toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb, voor zover op het conto te schrijven van de bestuursrechter, op zeer bescheiden schaal plaatsvindt. In het ‘onderzoek 2006’ hebben we te maken met een relatief actieve rechtbank, die in één op de acht zaken waarin de vraag naar het gebruik van die bevoegdheid aan de orde is, er voor kiest zelf in de zaak te voorzien. Het verschil tussen de middelste kolom en de twee buitenste kolommen roept de vraag op met hoeveel gemak of inspanning de bestuursrechter in het algemeen de frequentie van het gebruik van de art. 8:72 lid 3 en 4 zou kunnen opvoeren.

4. **Mogelijk gebruik van de bevoegdheid tot finale beslechting**

In de vorige paragraaf hebben we gezien dat de bestuursrechter slechts beperkt gebruik maakt

van zijn bevoegdheden tot finale beslechting. Met name als hij voor de keuze staat of hij het laat bij een ‘kale’ vernietiging of dat hij zelf in de zaak voorziet, kiest hij bijna altijd voor die eerste optie.

Schueler heeft de suggestie gedaan om de bestuursrechter in zijn uitspraak te laten motiveren waarom hij geen gebruik maakt van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.²⁴ Het is interessant om na te gaan wat het resultaat zou zijn van een verplichting voor de rechter om het afzien van het gebruik van zijn bevoegdheden tot finale beslechting te motiveren. Het is niet moeilijk voorbeelden te geven van zaken waarin het vinden van een overtuigende motivering geen enkel probleem of juist een onmogelijke opgave is. Hoe moeilijk of makkelijk het voor de rechter is om overtuigend te motiveren waarom hij de stap naar finale beslechting niet heeft gezet,

²⁴ Schueler 2007 p. 172. Zie voorts: Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 78 en p. 169.



zal vooral te maken hebben met de vraag of het benutten van die mogelijkheid voor hem binnen handbereik ligt.

Om daarover meer te weten te komen, hebben we de 73 kale vernietigingen van ‘onderzoek 2007’ aan een nadere analyse onderworpen.²⁵ Die analyse bestond uit twee stappen. In de eerste plaats hebben we voor alle 73 uitspraken vastgesteld wat de vernietigingsgrond was. Vervolgens hebben we aan de hand van deze uitspraken een inschatting gemaakt hoe veel inspanning het de rechter zou hebben gekost om tot finale beslechting te komen door toepassing van art. 8:72 lid 3 of 4.

We gaan hieronder eerst in op de verschillende vernietigingsgronden, vervolgens op de (on)mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien.

4.1 Vernietigingsgronden

In de 73 door ons bestudeerde uitspraken hebben we zes verschillende vernietigingsgronden onderscheiden. Een eerste vernietigingsgrond betreft de *bevoegdheid van het bestuursorgaan*. Als de rechter constateert dat het bestreden besluit onbevoegd is genomen, zal hij het besluit van het bestuur vernietigen. Een tweede vernietigingsgrond ziet op beslissingen van het bestuur ter zake van de *ontvankelijkheid van de bezwaarmaker*. Gedacht kan worden aan de beslissing van het bestuur om een bezwaar niet-ontvankelijk te achten vanwege de – onjuiste – veronderstelling dat het onverschoonbaar te laat is, dat de bezwaarmaker geen belanghebbende is bij het bestreden besluit of dat de

handeling waartegen bezwaar is gemaakt geen besluit is. De constatering van de rechter dat op tijd bezwaar is gemaakt, dat de bezwaarmaker belanghebbende is of dat de handeling van het bestuur een besluit is, zal leiden tot vernietiging van het besluit waarin het bezwaar niet-ontvankelijk was verklaard.

Een derde vernietigingsgrond betreft de *motivering* van het besluit. Bestuursrechters komen met grote regelmaat tot de conclusie dat besluiten niet deugdelijk zijn gemotiveerd. Het kan daarbij zowel gaan om de constatering dat een motivering ontbreekt, als om de constatering dat de motivering niet overtuigt. Soms betreft het een combinatie van beide: er is wel een motivering, maar die overtuigt niet vanwege het onvolledige karakter ervan.

Een vierde en vijfde vernietigingsgrond betreffen de door het bestuur aan het besluit ten grondslag gelegde *feiten*. Als de rechter vindt dat het besluit op dat punt gebreken vertoont, kan dat zowel als reden hebben dat onvoldoende onderzoek naar de feiten is gedaan, als dat de feiten onjuist zijn vastgesteld. Een zesde vernietigingsgrond ten slotte betreft de *kwalificatie* van de feiten. Die is aan de orde als de rechter constateert dat het bestuursorgaan de feiten weliswaar juist heeft vastgesteld, maar het recht daar op een verkeerde manier op heeft toegepast.

In de onderstaande tabel is te zien hoe vaak en om welke reden de bestuursrechter in de geanalyseerde zaken een besluit van het bestuur vernietigde.²⁶

25 Het betrof 37 sociale verzekeringszaken, 12 sociale voorzieningszaken, 4 bouwzaken, 6 bestuursdwangzaken en 14 zaken in de restcategorie ‘overig’.

26 Opmerking verdient dat zich onder de 73 uitspraken geen enkele bevond waarin het besluit van het bestuur werd vernietigd vanwege gebreken in de proce-

dure van voorbereiding van het besluit. Uit de analyse van de uitspraken waarin de rechtsgevolgen van vernietigde besluiten in stand werden gelaten, bleek dat procedurefouten (bijvoorbeeld: ten onrechte niet horen in bezwaar) op die manier worden afgedekt.



Tabel 3 Vernietigingsgronden

Vernietigingsgrond	N	%
Bevoegdheid bestuursorgaan	2	3%
Ontvankelijkheid appellant in bezwaar	6	8%
Motivering	17	23%
Onvoldoende feitenonderzoek	28	38%
Feiten onjuist vastgesteld	9	12%
Feiten onjuist gekwalificeerd	11	15%
Totaal	73	100%

Uit de tabel blijkt dat vernietigingen wegens bevoegdheids- of ontvankelijkheidsperikelen relatief weinig voorkomen. Daarnaast is opvallend dat een ruime meerderheid van de vernietigingen (de categorieën ‘motivering’ en ‘onvoldoende feitenonderzoek’) het gevolg is van het feit dat de rechter in het duister tast over de vraag of het bestreden besluit, materieel gezien, wel of niet juist is.

4.2 *Finale beslechting binnen bereik, denkbaar of achter de horizon?*

Voor alle 73 uitspraken hebben we vervolgens bekeken in hoeverre het gebruik van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien voor de rechter een optie zou zijn geweest. De beroepszaken hebben we, op basis van een analyse van de uitspraak, ingedeeld in drie categorieën:

‘binnen bereik’, ‘denkbaar’ en ‘achter de horizon’. Bij de categorie ‘binnen bereik’ gaat het om zaken waarvan kan worden aangenomen dat de rechter met geringe inspanning het juridische geschil finaal had kunnen beslechten. De categorie ‘achter de horizon’ betreft zaken waarin het van de rechter een grote inspanning zou vergen om te komen tot toepassing van de bevoegdheid van art. 8:72 lid 3 of 4. De categorie ‘denkbaar’ betreft zaken waarvan eigenlijk niet goed is te beoordelen of finale beslechting wellicht binnen bereik is of juist achter horizon, omdat er voor de rechter te weinig aangrijpingspunten zijn om dat te kunnen inschatten.

Hoe verhouden de verschillende vernietigingsgronden zich tot de mogelijkheid van finale beslechting?

Bevoegdheid bestuursorgaan

Als een besluit wordt vernietigd vanwege een bevoegdheidsgebrek, dan heeft de rechter nogal eens de mogelijkheid de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. Toch gebeurt dat niet altijd. Zo bevonden zich onder de 73 kale vernietigen twee zaken waar een bevoegdheidsgebrek reden van de vernietiging was.

Een van de twee betrof de beslissing van de raad van de gemeente Dongen op een door de ‘Stichting openbare leeszaal en bibliotheek’ ingediende subsidieaanvraag, waarop niet de raad, maar het college van B&W had moeten beslissen. De rechtbank vernietigt het besluit van de raad en bepaalt dat het bezwaar moet worden doorgezonden naar het college, zodat het bevoegde bestuursorgaan alsnog op het bezwaar kan beslissen.²⁷ Het lijkt er op dat in deze zaak finale beslechting binnen bereik lag. Als de rechtbank het col-

²⁷ Rb. Breda 18 maart 2005, 04/1077.



lege van B&W de kans had geboden te laten weten of hij het onbevoegd genomen besluit voor zijn rekening wilde nemen, hadden, bij een positieve reactie, de rechtgevolgen van het vernietigde besluit in stand kunnen worden gelaten en was daarmee het geschil finaal beslecht.²⁸

Ontvankelijkheid appellant in bezwaar

Wordt vernietigd omdat de rechter constateert dat het bestuur de appellant destijds ten onrechte geen inhoudelijke beoordeling van zijn bezwaar heeft gegund, dan ligt finale beslechting per definitie achter de horizon.

Een voorbeeld biedt een uitspraak in een beroep tegen de niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar tegen de weigering van de minister van Buitenlandse zaken om bepaalde stukken openbaar te maken. Het bezwaar was niet-ontvankelijk verklaard omdat geen gronden voor het bezwaar waren aangevoerd. De rechtbank constateert dat de minister de bezwaarmaker niet in de gelegenheid heeft gesteld dit verzuim te herstellen. Het beroep wordt gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd. Consequentie van de vernietiging is dat de minister alsnog een inhoudelijke beslissing op het bezwaar moet nemen.²⁹

In een andere zaak was appellante door het bestuursorgaan ten onrechte niet als belanghebbende bij het bestreden besluit aangemerkt. De vernietiging van het besluit van het bestuur om het bezwaar van appellante niet-ontvankelijk te verklaren, had

eveneens als consequentie dat het bestuur het bezwaar alsnog inhoudelijk diende te gaan beoordelen.³⁰

Motivering

Motiveringsvernietigingen zijn in zekere zin de meest frustrerende vernietigingen. De reden is dat denkbaar is dat het besluit materieel juist is, zonder dat dit met zekerheid is te zeggen. En bij twijfel geldt: vernietigen. Voor veel motiveringsvernietigingen geldt dat niet goed te zeggen is of finale beslechting binnen bereik is of achter de horizon ligt, juist omdat de rechter in het duister tast over de juistheid van het besluit.

Een voorbeeld biedt een uitspraak over een weigering een WAO-uitkering toe te kennen, waarin de rechtbank oordeelt dat het UWV onvoldoende heeft gemotiveerd waarom appellant de aan hem voorgehouden functies zou kunnen uitoefenen.³¹ Uit de uitspraak valt niet op te maken of het alsnog vinden van een overtuigende motivering voor het UWV kinderspel is, of juist een hopeloze opgave.

In het eerste geval ligt finale beslechting door de rechter binnen bereik: een vraag van de rechter in het kader van het vooronderzoek³² (met toepassing van artikel 8:45 Awb) om verduidelijking van de motivering, kan tot de conclusie leiden dat het besluit materieel gezien juist is. Hoewel het besluit zal worden vernietigd, vanwege het feit dat het onvoldoende was gemotiveerd op het moment dat het werd genomen, kunnen de

28 De jurisprudentie is hier overigens streng, en zou daarmee een belemmering kunnen vormen voor toepassing van art. 8:72 lid 3 Awb; zie: ABRvS 3 maart 1998, «JB» 1998/78; ABRvS 19 maart 1998, «JB» 1998/114.

29 Rb. Leeuwarden 1 februari 2005, 04/426; in Rb. Breda 17 februari 2005, 04/2051 constateerde de rechtbank

eveneens dat het bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk was verklaard, omdat geen gelegenheid was gegeven tot het alsnog aanvoeren van gronden voor het bezwaar.

30 Rb. Groningen 28 januari 2005, 03/639.

31 Rb. Groningen 15 juni 2004, 03/268.

32 Toepassing van artikel 8:45 Awb.



rechtsgevolgen ervan in stand worden gelaten, waarmee het geschil finaal is beslecht. In het tweede geval (het vinden van een overtuigende motivering is een hopeloze opgave) is het een overbodige moeite om het UWV de kans te bieden alsnog met een overtuigende motivering voor het besluit te komen.

Echter, of het bieden van de mogelijkheid de motivering aan te vullen tot het gewenste resultaat (finale beslechting) leidt, is op voorhand eigenlijk niet te zeggen.

Het komt voor dat, ondanks dat een besluit wordt vernietigd vanwege een motiveringsgebrek, de uitspraak het vermoeden rechtvaardigt dat finale beslechting mogelijk was geweest.³³ Een voorbeeld biedt een andere WAO-zaak. Het UWV had appellante geschikt geacht voor functies die niet allemaal volledig in overeenstemming waren met haar beperkingen. Dat hoeft geen probleem te zijn als maar kan worden gemotiveerd waarom niet te zwaar hoeft te worden getild aan de discrepantie tussen de beperkingen van betrokkene en de functie-eisen van de geselecteerde functies. Het UWV had dat niet in het besluit gedaan, maar wel tijdens de beroepsprocedure, zij het niet helemaal volledig. Ter zitting was het UWV (dat niet was opgeroepen) niet aanwezig om ook op de laatste resterende puntjes duidelijkheid te bieden. De rechtbank vernietigde het besluit omdat dit onvoldoende gemotiveerd was. Gezien de formulering van de uitspraak kan worden vermoed dat als het UWV ter zitting aanwezig was geweest, de rechtbank het geschil over het besluit finaal had kunnen beslechten.

Onvoldoende feitenonderzoek

Finale beslechting ligt veelal achter de horizon als is vernietigd vanwege de constatering dat aan het besluit onvoldoende onderzoek naar de relevante feiten ten grondslag ligt.

Een voorbeeld biedt een uitspraak over de weigering van het UWV een werkloosheidsuitkering toe te kennen omdat de betrokkene verwijtbaar werkloos zou zijn.³⁴ De rechtbank constateert dat het UWV in zijn besluit louter is afgegaan op het vonnis van de kantonrechter en zelf geen onderzoek heeft gedaan naar de achtergrond van het ontslag van appellante, terwijl daar alle aanleiding toe was.

Een ander voorbeeld biedt een uitspraak inzake een beroep tegen de weigering van het college van B&W Oisterwijk om een aanlegvergunning te verlenen ter ophoging van een perceel.³⁵ De weigering is gebaseerd op een deskundigenrapport. De rechtbank constateert dat het rapport niet volledig genoeg is om te kunnen dienen als basis voor een verantwoorde belangenafweging, verklaart het beroep gegrond, vernietigt het bestreden besluit en geeft B&W in overweging de deskundige om een nader rapport te vragen.

Het komt echter voor dat de constatering van de rechter dat het bestuur onvoldoende feitenonderzoek heeft verricht, niet aan zelf voorzien in de weg staat. Een voorbeeld biedt het beroep tegen een besluit van B&W Tytsjerksteradiel om een bijstandsuitkering in te trekken.³⁶ De intrekking was gebaseerd op de mededeling van appellante, in een controlegesprek, dat zij geen prijs meer

33 Rb. Breda 9 maart 2005, 04/1564; zaken waarin de rechtbank constateerde dat sprake was van een motiveringsgebrek in het besluit en waarin finale beslechting achter de horizon leek te liggen, zijn we in onze

analyse niet tegengekomen.

34 Rb. Breda 25 april 2005, 04/1960.

35 Rb. Breda 4 januari 2005, 04/1191.

36 Rb. Leeuwarden 7 maart 2005, 04/580.





stelde op bijstand. Achteraf bleek dat zij dit in een emotionele opwelling had gezegd. De rechtbank vindt dat B&W te snel hebben geconcludeerd dat de uitkering kon worden ingetrokken.

Aangenomen kan worden dat het B&W weinig moeite had gekost om, daartoe uitgenodigd door de rechtbank, zeker te stellen of betrokkene wel of niet prijs stelde op voortzetting van haar uitkering. Bij een positief antwoord had de rechtbank vervolgens zelf in de zaak kunnen voorzien, door het intrekingsbesluit te herroepen.

Feiten onjuist vastgesteld/gekwalificeerd

Finale beslechting ligt daarentegen veelal binnen bereik als de rechtbank tot het oordeel komt dat het bestuur de feiten onjuist heeft vastgesteld of onjuist heeft gekwalificeerd.

Een voorbeeld biedt een zaak over de weigering van een bijstandsuitkering omdat sprake zou zijn van een gezamenlijke huishouding.³⁷ De rechtbank komt tot de conclusie dat, anders dan het bestuur heeft aangenomen, geen sprake is van ‘wederzijdse verzorging’. Dat opent de weg naar het verlenen van bijstand. De rechtbank laat die beslissing echter aan het bestuur.

Een ander voorbeeld betreft een premiezaak waarin de rechtbank tot de conclusie komt dat appellant, anders dan het UWV heeft vastgesteld, moet worden gekwalificeerd als ‘arbeidsgehandicapte’ in de zin van de Wet REA.³⁸ Consequentie daarvan is dat de premie anders moet worden berekend dan het UWV heeft gedaan. De rechtbank had het UWV kunnen vragen: ‘Kunt u mij voorrekenen wat de consequentie is van de vaststelling dat appellant arbeidsgehandi-

capte is, voor de hoogte van de premie?, om vervolgens op basis van het antwoord de juiste premie vast te stellen.

4.3 *Conclusie*

We hebben een aantal situaties beschreven waarin finale beslechting binnen bereik is, denkbaar is of achter de horizon ligt. In de onderstaande tabel is te zien hoeveel van de 73 geanalyseerde zaken onder elk van de drie categorieën valt.

Tabel 4 Mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien

<i>Categorie</i>	<i>n</i>	<i>%</i>
Binnen bereik	26	36%
Denkbaar	13	18%
Achter de horizon	34	46%
Totaal	73	100%

Uit de tabel blijkt dat in bijna de helft van de zaken finale beslechting achter de horizon ligt. In ruim eenderde van de zaken is het binnen bereik. De resterende zaken – ruim een op de zes – vallen onder de ambigue categorie ‘denkbaar’.

Als we vervolgens kijken hoe de mogelijkheid van finale beslechting zich verdeelt over de verschillende de zes onderscheiden vernietigingsgronden, dan ontstaat het volgende beeld.

37 Rb. Rotterdam 17 mei 2005, 04/3879.

38 Rb. Utrecht 2 maart 2005, 04/892.



Tabel 5 Mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien, per vernietigingsgrond

Categorie	Vernietigingsgrond						Totaal
	Bevoegdheid	Procedu- re	Moti- vering	Onvold. feit.ondz	Feiten onjuist	Feiten- kwalific.	
Binnen bereik	1	0	4	2	9	10	26
Denkbaar	0	0	13	0	0	0	13
Achter horizon	1	6	0	26	0	1	34
Totaal	2	6	17	28	9	11	73

In de tabel is te zien dat voor de meeste van de vernietigingsgronden geldt dat de relatie tussen de vernietigingsgrond en de mogelijkheid van finale beslechting eenduidig is. Bij vernietiging vanwege een onjuiste vaststelling of kwalificatie van de feiten ligt finale beslechting veelal binnen bereik, bij vernietiging vanwege onvoldoende feitenonderzoek niet, en als wordt vernietigd omdat het bestuur destijds het bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard al helemaal niet. Bij motiveringsvernietigingen is het probleem dat onduidelijk is of finale beslechting wel of niet binnen bereik is. Voor de rechter is het dan moeilijk in te schatten of een poging tot finale beslechting zin heeft.

Al met al kan de conclusie zijn dat bestuursrechters die ambiëren zo veel mogelijk gebruik te maken van hun bevoegdheid de aan hen voorgelegde geschillen finaal te beslechten, die ambitie in naar schatting ruim een derde van de zaken waarin ze nu volstaan met een vernietiging, met een relatief geringe inspanning kunnen realiseren.

5. Conclusie

Wat heeft het onderzoek naar het feitelijke en het mogelijke gebruik door de bestuursrechter

van de bevoegdheden tot finale beslechting opgeleverd?

In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat bestuursrechters maar weinig op een inhoudsvolle manier gebruik maken van die bevoegdheid. Weliswaar wordt regelmatig toepassing gegeven aan art. 8:72 lid 4 Awb, maar in de meerderheid van de gevallen betreft het situaties waarin de bestuursrechter zich ambtshalve uitlaat over procedurele kwesties en dus geen sprake is van een inhoudelijke beoordeling van de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur. Wordt gekeken naar uitspraken waarin de rechter zelf voorziet en tevens een inhoudelijk oordeel velt over de materiële bevoegdheidsuitoefening door het bestuur, dan valt te constateren dat, ondanks alle mooie woorden die het afgelopen decennium zijn gesproken over het zelf in de zaak voorzien, de Nederlandse bestuursrechters de mogelijkheden daartoe niet of nauwelijks aanwezig achten of benutten.

De vraag die dat oproept, is of de bestuursrechters het niet kunnen of niet willen. Analyse van een representatieve selectie van rechtbankuitspraken waarin de bestuursrechter een besluit van het bestuur vernietigt, zonder dat hij het juridische geschil vervolgens finaal beslecht,



laat zien dat in de meerderheid van de zaken waarin hij het nu nog bij een kale vernietiging laat, mogelijkheden tot finale beslechting aanwezig zijn, hetzij via het in stand laten van de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit, hetzij via het zelf in de zaak voorzien. Het gaat daarbij om twee categorieën zaken.

De eerste categorie betreft besluiten waaruit de constatering dat het bestuur de relevante feiten onjuist heeft vastgesteld of gekwalificeerd, min of meer logisch voortvloeit wat dan wel het juiste besluit is. Echter, de laatste stap om de precieze inhoud van dat besluit te kunnen vaststellen, moet nog worden genomen. De rechter heeft het bestuur nodig om die laatste stap te kunnen zetten. Beschikt de rechter over de op zijn verzoek door het bestuur verschaftte aanvullende informatie, dan kan hij tot finale beslechting komen.

De tweede categorie betreft besluiten die de rechter onvoldoende gemotiveerd vindt. Als het bestuur de kans wordt geboden de motivering van het besluit te verduidelijken, is denkbaar dat de rechter vervolgens concludeert dat het besluit, materieel gezien, juist is. Het motiveringsgebrek dat ten tijde van het nemen van het besluit aan het besluit kleefde, maakt het onvermijdelijk dat het wordt vernietigd, maar omdat de rechter er inmiddels van overtuigd is dat het besluit materieel gezien juist is,

kunnen de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven.

Voor de eerste categorie besluiten geldt dat finale beslechting binnen bereik ligt, voor de tweede categorie is dat onzeker. Zo bezien ligt het voor de hand de rechter aan te moedigen zich in zijn pogingen om vaker dan nu tot finale geschilbeslechting te komen, op de eerste categorie te richten. Wij zouden echter een lans willen breken voor aandacht van de rechter voor de tweede categorie besluiten. Juist omdat bij de besluiten die onder de eerste categorie vallen veelal duidelijk is wat het bestuur te doen staat nadat de rechter diens besluit heeft vernietigd (en omdat de ervaring leert dat het bestuur na de vernietiging in de regel snel met een besluit komt dat door de bij het geschil betrokken partijen wordt aanvaard³⁹), is de meerwaarde van finale beslechting bij die categorie besluiten relatief gering. Anders ligt dat bij de tweede categorie, waar motiveringsgebreken het zicht ontnemen op de materiële kwaliteit van het besluit. Het is voor de rechter een kleine moeite het bestuur (via toepassing van artikel 8:44 of 8:45 Awb) om verduidelijking van de motivering van het besluit te vragen, en het levert altijd wat op: hetzij omdat duidelijk wordt dat het motiveringsgebrek het zicht belemmert op een besluit dat materieel juist is, hetzij omdat duidelijk wordt dat het motiveringsgebrek een ook in materieel opzicht onrechtmatig besluit verhult.

39 Van der Veer & Marseille 2006.